

## Les Cahiers de droit

# La constitutionnalisation du droit et de la justice

Dominique Turpin



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043663ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043663ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Turpin, D. (2001). La constitutionnalisation du droit et de la justice. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 619–630. <https://doi.org/10.7202/043663ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2001

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

**érudit**

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

# La constitutionnalisation du droit et de la justice

---

Dominique TURPIN\*

---

	<i>Pages</i>
1 D'où venons-nous ? .....	620
2 Où en sommes-nous ? .....	625
3 Où allons-nous ? .....	629

---

Nous voici rassemblés pour fêter la création, il y a 150 ans à Québec, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, du Barreau du Québec, de la Chambre des notaires et de la Faculté de droit de l'Université de Laval, toutes institutions ayant assuré depuis le développement d'un droit en français dans cette partie du continent américain.

S'agissant de la constitutionnalisation du droit et de la justice, la France n'a célébré, l'an dernier à la même époque, que le 40<sup>e</sup> anniversaire de son conseil constitutionnel<sup>1</sup>, apparu avec la Constitution de la V<sup>e</sup> République, le 4 octobre 1958, tranchant singulièrement avec une longue tradition d'hostilité du pays envers ce type d'institution et de contrôle. Nous inspirant des analyses alors développées, nous voudrions nous demander d'où nous venons, en la matière, où nous en sommes et, pour en terminer avec ces questions éminemment existentielles, où nous pouvons aller.

---

\* Président, Université d'Auvergne (France).

1. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999.

## 1 D'où venons-nous ?

En France, pour ce qui est de la constitutionnalisation du droit et de la justice, nous venons, et même nous revenons, de très loin, tant la méfiance envers les juges y est ancienne et profonde.

Montesquieu, dans *L'esprit des lois*, en 1748, ne faisait pas de la justice un véritable « pouvoir », celui-ci se révélant, à la réflexion, « en quelque sorte nul », dès lors que les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur ». Sous l'Ancien Régime français, la question des juges a en effet toujours posé problème. Louis XIII déjà, inspiré par Richelieu, avait fait, en 1641, par son édit de Saint-Germain, « très expresse défense en inhibition à ses cours [...] de prendre connaissance de toutes affaires qui peuvent concerner l'État, l'administration et le gouvernement, ni celui que nous réservons à notre personne seule », c'est-à-dire, en fait, au Conseil du roi, selon ce système de justice retenue. Cet édit fut ensuite confirmé par deux arrêts du Conseil des 19 octobre 1656 et 8 juillet 1661. De même, Bossuet, dans son oraison funèbre de Michel Le Tellier, louait « tout l'esprit et les maximes d'un juge qui, attaché à la règle, ne porte pas dans le tribunal ses propres pensées, ni les adoucissements ou des rigueurs arbitraires, et qui veut que les lois gouvernent, et non point les hommes ».

À l'époque, ce refus d'ériger les juridictions en un véritable pouvoir découlait tout aussi bien du désir de conforter l'absolutisme royal (Bossuet) que de la volonté de conjurer le despotisme des magistrats (Montesquieu). Il faut dire que, tout en exerçant la justice par délégation du roi, ces derniers, du fait de la patrimonialité des offices, abusaient quelque peu de leur indépendance : constitués en caste fermée (la noblesse de robe), ils s'étaient arrogé le droit de refuser d'« enregistrer » les ordonnances royales (et donc de participer au pouvoir « législatif ») chaque fois que celui-ci esquissait des réformes allant contre leurs intérêts, par l'utilisation d'un « droit de remontrance » qui leur avait été rendu par le régent après la fronde pour prix de l'annulation du testament de Louis XIV<sup>2</sup>. Cette « réaction mobilière », par ses « arrêts » (dans tous les sens du mot), empêcha le régime d'évoluer (le roi ne pouvant surmonter ces oppositions qu'en tenant un « lit de justice », procédure remontant aux Capétiens mais dont le faible Louis XVI, qui rétablit dans leurs droits les parlements suspendus jadis par Maupeou, n'osa pas se servir) et rendit peut-être inévitable la Révolution de 1789.

---

2. Cf. J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, p. 17-29.

Un tel contexte historique, joint aux théories de Montesquieu (« la puissance de juger est nulle ») et de Rousseau (« la loi est l'expression de la volonté générale »), devait conduire les révolutionnaires français à placer la fonction juridictionnelle très en dessous de la fonction législative, et de même de l'exécutive, (toutes deux étant, certes, chargées d'appliquer les lois mais les juges ne pouvant le faire par voie de règlement. Aussi se montrèrent-ils particulièrement méfiants à l'égard de cette caste judiciaire qualifiée par Danton, ministre de la Justice, de « plaie du genre humain » et à l'égard de la jurisprudence, « la plus détestable des institutions » selon Le Chapelier et que Robespierre allait jusqu'à vouloir « rayer du vocabulaire », considérant qu'en tout état de cause « la jurisprudence n'est autre que la loi ». Dans cette optique, Bergasse exprima le souhait, le 17 août 1789, que les « dépositaires du pouvoir judiciaire ne participent en rien à la puissance législative », ni en « prenant part à la loi », ni en influant « de quelque manière que ce soit sur la formation de la loi »<sup>3</sup>, tandis que Thouret insistait, le 23 mars 1790, pour rappeler qu'une « nation qui exerce la puissance législative par un corps permanent de représentants ne peut pas laisser aux tribunaux exécuteurs de ses lois et soumis à leur autorité la faculté de réviser ces lois<sup>4</sup> ». De son côté, Duport explique le 29 mais que « [l]e jugement d'un procès n'est autre chose qu'un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement la conséquence<sup>5</sup> ».

Après que le décret du 22 décembre 1789 eut interdit, par son article 7, que l'administration nouvelle soit « troublée dans l'exercice de ses fonctions par aucun acte de pouvoir judiciaire », l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 est venu confirmer que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Cette interdiction (à l'origine de la création ultérieure d'un juge issu de l'administration elle-même, et donc du système français de dualité de juridictions) a été réitérée par l'article 3 de la Constitution du 3 septembre 1791, puis par le décret du 16 fructidor an III (1795). Quant au juge judiciaire, le « Tribunal de cassation établi près

---

3. Archives parlementaires, 1<sup>re</sup> série, t. 8, p. 445. Cf. également M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, p. 33 et suiv. ; et D. TURPIN, « Le pouvoir judiciaire », dans G. CONAC et autres, *Constitution et justice*, Académie internationale de droit constitutionnel, 11<sup>e</sup> session, Tunis, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1995, p. 155-132.

4. *Archives parlementaires*, t. 17, p. 310.

5. *Archives parlementaires*, t. 12, p. 418.

du corps législatif » créé par la loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 fut conçu comme une dépendance étroite dudit corps, chargé de « juger les juges » et de casser celles de leurs décisions intervenues en « contravention expresse de la loi » dont ils ne devaient être que les serviteurs. Outre cette fonction d'homogénéisation de la jurisprudence, ce tribunal devait, en cas d'ambiguïté d'une disposition légale, demander au législateur son interprétation par voie de « référé ». Cela fut supprimé en 1804 par l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice », l'article 5 leur interdisant en revanche de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » et l'article 127 du *Code pénal* de 1810 de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif.

Tel a été le poids, en France, de ce véritable culte de la loi, ou « légicentrisme », qui a longtemps interdit tout contrôle de constitutionnalité afin de se protéger contre le despotisme judiciaire (voir, notamment, l'arrêt de la Cour de cassation du 18 fructidor an V, qui illustre bien ce « profil bas » du juge en expliquant que « les termes absolus dans lesquels est conçue la défense pour les tribunaux judiciaires d'arrêter ou de suspendre l'exécution des lois ne peuvent admettre ni exception ni prétexte »). Dans cette perspective, par exemple, lorsque Sieyes présenta, le 2 thermidor an III, son projet de « jury constitutionnaire », celui-ci fut repoussé à l'unanimité par la Convention au motif que « ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'État et qu'en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics on leur donnerait un maître qui les enchaînerait ». Dès le départ, donc, le « légicentrisme » l'a emporté en France sur le « constitutionnalisme », au nom d'une conception « absolue » de la démocratie (comme cela le fut avant la monarchie) : à l'adage « le roi ne peut mal faire » succéda « la loi ne peut mal faire ». À l'article « Droit naturel » de *L'Encyclopédie*, Diderot assurait en ce sens que la « volonté générale est toujours bonne, elle n'a jamais trompé, elle ne trompe jamais [Elle est] un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions » et elle ne saurait donc être contrôlée par qui que ce soit, comme l'a d'ailleurs montré, dès 1789-1791, le débat sur la « sanction royale », (c'est-à-dire le « consentement accordé par le Roi à une loi faite par les représentants de la nation et sans lequel elle ne peut être exécutée », selon Rabaud Saint Étienne) : si Malouet estimait en effet que cette sanction est « un droit conféré au chef de la nation par elle-même pour déclarer et garantir qu'une telle résolution de ses représentants est ou n'est pas l'expression de la volonté générale » et si le comte d'Entraigues la considérait comme « utile et conservatrice de la souveraineté du peuple (car) il faut bien un frein pour arrêter le pouvoir légis-

latif», la plupart des constituants repoussèrent au contraire avec force cette idée<sup>6</sup>.

Plus tard, Tocqueville sera bien le seul à considérer qu'un pouvoir électif qui n'est pas soumis à un pouvoir judiciaire échappe tôt ou tard à tout contrôle et à relever, dans *De la démocratie en Amérique*, que « le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblées politiques ». Au contraire, la « tradition républicaine » française devait renforcer la majesté de la norme (la loi) par la toute-puissance de l'organe chargé de l'élaborer (le Parlement), car, comme l'a noté L. Duguit, « la conséquence logique de l'idée de représentation, c'est que la nation elle-même ne peut être contrôlée par une volonté supérieure à elle-même<sup>7</sup> ». Dans ces conditions, les lois constitutionnelles de 1875 n'ont été précédées d'aucun préambule ni déclaration rassemblant les « garanties des droits », toute la confiance étant accordée au législateur en la matière. Quant à la conformité des lois avec la Constitution, Esmein a pu écrire que « [c]elle-ci, en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation<sup>8</sup> ».

Il faut dire que les contre-exemples du Sénat conservateur du Premier Empire et du Sénat institué « gardien du pacte fondamental et des libertés publiques » par la Constitution impériale du 14 janvier 1852 (qui, du fait de leur composition, ne pouvaient rien refuser à l'Empereur et cautionnaient les violations au lieu de les sanctionner) n'ont fait que renforcer l'hostilité des républicains français envers le principe même d'un contrôle de la constitutionnalité des lois. Et, tandis qu'en 1921 Édouard Lambert décrivait la montée en puissance du « gouvernement des juges » outre-Atlantique, des hommes politiques s'y opposaient, tel Charles Maurras<sup>9</sup> ou Léon Blum<sup>10</sup>.

6. Cf. *Archives parlementaires*, t. VIII, 5 mai/14 septembre 1789 surtout.

7. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, A. Fontemoing, 1927-1928, t. II, p. 559.

8. A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Tenin, 1899, p. 395.

9. Cf. *Action française*, 7 avril 1914, reproduit dans *Dictionnaire politique et critique*, t. II, p. 373 : « Un gouvernement électif, un gouvernement d'opinion peut-il être en conflit sérieux avec ses juges ? En d'autres termes, un pouvoir renouvelable, qui tient toute son investiture périodique du renouvellement de la confiance de l'opinion, peut-il consentir à être jugé, c'est-à-dire à l'occasion tué raide par une poignée de bonshommes habillés de peau de lapin ? Non, cela n'est pas possible. Cela n'est pas et ne sera pas.

10. « Quelque chose me choque dans cette institution », écrivait-il le 8 juillet 1946, dans *Le Populaire* au sujet d'une proposition de loi MRP relative à l'instauration d'un contrôle

C'est pourquoi l'existence d'un « comité constitutionnel » dans la Constitution du 27 octobre 1946 ne doit pas faire illusion : cet organe politique, présidé par le chef de l'État et comprenant les présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République (ex-Sénat) plus sept membres élus par l'Assemblée, en dehors de ses membres, à la proportionnelle des groupes au début de chaque session annuelle, et trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République, pouvait être saisi des lois votées avant promulgation (sur demande commune du président de la République et de celui du Conseil de la République), mais, si ces dernières lui semblaient contraires à la Constitution (et non au Préambule, expressément exclu de la compétence du Conseil), c'est celle-ci qui devait être modifiée. Cela revenait à dire, en réalité, que l'Assemblée nationale avait adopté par la procédure législative ordinaire une révision de la Constitution. Il s'agissait donc d'un contrôle formel, non de fond. Conciliateur plus que juge, arbitre entre les pouvoirs publics, ce comité constitutionnel demeurait la chose de la classe politique, dont les représentants les plus éminents étaient seuls habilités à le saisir, et non le protecteur des citoyens contre les agissements de ceux qui étaient supposés les représenter. Il ne pouvait d'ailleurs en aucun cas « annuler » une loi, mais simplement la retourner à ses auteurs pour qu'ils en délibèrent à nouveau, et lors de son unique intervention, le 16 juin 1948, il est parvenu à trouver un accord entre les deux chambres.

L'existence d'un « conseil constitutionnel » dans le titre VII de la Constitution de la V<sup>e</sup> République (4 octobre 1958) tranchait en revanche radicalement avec cette longue tradition française d'hostilité. Aussi, bien que les missions qui lui étaient initialement confiées aient été assez modestes (juge de l'élection des députés et des sénateurs ainsi que de la régularité des opérations de référendum ; organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics, en particulier du Parlement, qu'il était chargé de cantonner dans les matières législatives limitativement énumérées à l'article 34 de la Constitution), le Conseil a-t-il fait l'objet d'un véritable procès d'intention de la part des opposants « républicains » qui virent en lui une nouvelle sorte de « Sénat conservateur » dans le cadre d'un régime du type césariste : « Canon braqué contre le Parlement », suspecté d'allégeance envers l'exécutif, composé et saisi par quelques politiques seulement, il a adopté un profil bas pendant une bonne dizaine d'années, du moins jusqu'au départ du général de Gaulle qui n'aurait sans doute pas toléré, à vrai dire, l'organe

---

de constitutionnalité des lois, « je me représente mal la loi soumise à des juges, si haut placés qu'ils soient [...] j'y vois beaucoup d'objections, peut-être de grands inconvénients, et peu d'avantages ».

véritablement indépendant qu'est devenu le Conseil constitutionnel français, censeur de la loi, protecteur des droits fondamentaux des citoyens et élément déterminant de la constitutionnalisation du droit et de la justice.

## 2 Où en sommes-nous ?

Progressivement, en effet, le Conseil constitutionnel est monté en puissance, bien au-delà de ce qu'avaient imaginé les rédacteurs de la Constitution. C'est grâce à lui que la France est devenue un État de droit, c'est-à-dire, selon la formule du président V. Giscard d'Estaing en 1978, un État où « chaque autorité, même la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge ».

Les principales étapes de cette évolution furent d'abord le 16 juillet 1971, lorsque, dans sa célèbre décision « liberté d'association » (comparable à bien des égards à l'arrêt de la Cour suprême américaine *Marbury v. Madison* de 1803), peut-être discutable en elle-même et rendue pour des raisons conjoncturelles peu édifiantes, le Conseil, tout à la fois, affirma avec éclat son indépendance et assura que le Préambule de la Constitution (et donc, à travers lui, comme par une sorte d'« effet Matrioska », la « *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » jusqu'en 1946 et les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps énoncés cette année-là) faisait partie intégrante du « bloc de constitutionnalité » s'imposant à toute majorité parlementaire. Puis, la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 a permis à 60 députés ou 60 sénateurs, ou les deux à la fois, c'est-à-dire à l'opposition, ou, mieux, à la minorité, de saisir le Conseil avant la promulgation de toute loi, transformant ce dernier d'arbitre entre les pouvoirs publics et régulateur de leur activité normative en un protecteur des minorités contre les abus éventuels de la majorité. Après le 10 mai 1981, son rôle a été renforcé à cause de l'alternance politique, le Conseil agissant comme une sorte de frein sur le balancier droite/gauche en rappelant qu'une certaine continuité constitutionnelle devrait toujours l'emporter sur les bouleversements partisans et que changement de majorité ne signifiait pas changement de régime. Enfin, avec les périodes de « cohabitation » entre un chef de l'État et un chef de gouvernement soutenus par des camps opposés (et disposant tous les deux de pouvoirs, dans le cadre d'un régime parlementaire dualiste), telles que nous en avons connu en 1986-1988 (Mitterrand et Chirac), en 1993-1995 (Mitterrand et Balladur) et depuis juin 1997 (Chirac, auteur d'une malencontreuse dissolution de l'Assemblée, et Jospin), le Conseil est sollicité de choisir entre plusieurs « lectures » possibles des dispositions de la Constitution, encore que celle-ci ne lui ait pas donné compétence pour fournir des



consultations juridiques et le fasse désormais intervenir beaucoup plus dans la sphère des relations gouvernants-gouvernés que dans celle des rapports entre pouvoirs publics, plutôt régis par les usages ou la coutume.

Décision après décision, le Conseil constitutionnel a donc donné un véritable contenu à l'État de droit en France, notamment dans la sphère des libertés publiques et, finalement, acquis une légitimité incontestable, quoiqu'elle soit encore fragile. Grâce à lui, s'est peu à peu instauré un « ordre constitutionnel » (D. Rousseau) garant du respect du droit et de la protection des droits fondamentaux des citoyens, par une diffusion de plus en plus répandue d'une véritable « culture de constitutionnalité » (G. Carcassonne) chez les juges « ordinaires » (domaine judiciaire ou administratif), au sein des pouvoirs publics<sup>11</sup> et dans l'opinion publique<sup>12</sup>.

En ce qui concerne ce que l'on pourrait appeler les « cas d'ouverture » du contentieux constitutionnel, cela regroupe les violations des règles de la procédure législative (par exemple, la décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979 a conduit le Conseil à invalider la loi sur les finances pour 1980 dans son ensemble, car elle avait été adoptée selon une procédure contraire à l'article 40 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, incluse dans le bloc de constitutionnalité), à condition qu'elles aient été invoquées en cours même de discussion, ainsi que celles des règles de compétence (entre le législateur organique et le législateur ordinaire, entre ce dernier et le pouvoir réglementaire surtout : le Conseil censure le Parlement lorsqu'il tente de légiférer au-delà des matières limitativement énumérées à l'article 34 de la Constitution — qu'il interprète d'ailleurs aussi largement que possible —, mais aussi lorsqu'il n'épuise pas sa compétence). Au-delà de ces questions de « constitutionnalité externe », le Conseil contrôle évidemment la « constitutionnalité interne » des lois, c'est-à-dire leur conformité sur le fond avec la Constitution, et notamment avec le Préambule, sanctionnant en particulier depuis près de 30 ans toutes les violations des droits fondamentaux qui y sont proclamés (le Préambule renvoyant lui-même à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » d'avant 1946 et aux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » formulés cette année-là).

---

11. Voir la circulaire envoyée par Michel Rocard, premier ministre, le 25 mai 1988, aux membres de son gouvernement, leur recommandant de veiller en amont à la constitutionnalité de leurs projets de loi.

12. Cf. B. FRANÇOIS, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V<sup>e</sup> République », dans CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Le Conseil Constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 75-82.

En ce qui a trait à ses méthodes, le Conseil constitutionnel a progressivement diversifié ses techniques de contrôle, qui apparaissent de plus en plus subtiles et sophistiquées : il peut invalider une loi en totalité (très rare) ou partiellement, avec « détachabilité » éventuelle des dispositions contraires à la Constitution (ce qui permet de promulguer et de publier les autres), mais aussi la valider en assortissant son feu vert de réserves d'interprétation neutralisantes (qui « vident la loi de son venin »), constructives ou même directives quant à la manière de l'appliquer. Enfin, sa procédure s'est progressivement « juridictionnalisée » : depuis 1983, le texte des saisines du Conseil est publié au *Journal officiel*, ainsi que les répliques du gouvernement (qui, paradoxalement, fait office de défenseur de la loi contestée) ; ses décisions — rédigées par « considérants » — sont de plus en plus argumentées et précisent désormais le nom des juges qui les ont rendues, etc.

Au total, il est désormais bien établi en France que, selon la formule utilisée le 8 août 1985 (décision n° 85-196 DC : « Découpage des régions en Nouvelle-Calédonie »), « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Coexistent donc aujourd'hui deux interprètes concurrents de cette volonté générale : le Parlement, symbole de la démocratie électorale et représentative qui concrétise les vues de la majorité, mais aussi le Conseil constitutionnel, garant de l'État de droit, qui protège les intérêts de la minorité. Est-ce à dire que la France est entrée à notre tour dans l'ère du « gouvernement des juges » ? Même si certains nostalgiques de la « tradition républicaine » d'antan le pensent parfois, il n'en va cependant pas ainsi : d'abord, le Conseil prend toujours bien soin de préciser qu'il « ne possède pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », qu'il « ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur » (décision n° 81-127 DC des 19-20 janvier 1981) que son rôle est « non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'en assurer sa conformité à la Constitution » (décision n° 85-197 DC du 23 août 1985) ou encore que « la loi poursuit un objectif d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier » (décision n° 85-192 DC du 13 décembre 1985), car il n'est pas une « troisième chambre » ni « chambre d'appel » politique. De plus, le législateur désavoué a toujours la possibilité d'en appeler au constituant, c'est-à-dire au peuple ou à ses représentants, pour surmonter une décision d'invalidation en révisant le texte de la Constitution (deux exemples à ce jour : d'une part, la révision du 25 novembre 1993 consécutive à la décision n° 93-325 DC du 13 août en ce qui concerne le droit d'asile ; d'autre part, celle, à venir, du 24 janvier 2000 destinée à surmonter la décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 relative à la composition du corps électoral restreint en Nouvelle-Calédonie), selon une

moderne conception du « lit de justice » qui donne au souverain le dernier mot.

Ainsi, la vie politique française a été en quelque sorte « saisie par le droit » (L. Favoreu), « juridicisée », c'est-à-dire civilisée, même s'il est possible de retourner la proposition et de montrer, à travers une instrumentalisation des saisines du Conseil souvent davantage destinées à mettre en difficulté majorité et gouvernement qu'à faire respecter la Constitution, « le droit saisi par la politique<sup>13</sup> ». En tout état de cause, il est également incontestable que le Conseil constitutionnel, en rappelant aux majorités parlementaires successives issues de l'alternance que la règle suprême demeure la même pour les uns comme pour les autres (sauf révision), a contribué à raccourcir l'oscillation droite/gauche du balancier politique autour d'un axe constitutionnel stable.

Enfin, la loi n'est plus aujourd'hui taboue : s'il n'existe toujours pas de contrôle de *constitutionnalité* des lois promulguées (voir la décision n° 78-96 DC du 27 juillet 1978 : la conformité des lois avec la Constitution des lois promulguées « ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil constitutionnel, dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant promulgation »). Toutefois, la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 : « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » avait estimé que « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine », à condition qu'elles n'en soient pas la « simple mise en application ». Après avoir confirmé cette première brèche par ses décisions n°s 89-256 DC du 25 juillet 1989, 96-377 DC du 16 juillet 1996 et 97-388 DC du 20 mars 1997, le Conseil, par sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 : « Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie », a finalement admis que deux articles d'une loi en vigueur, contraires au principe de nécessité des peines, devraient être « déclarées contraires à la Constitution<sup>14</sup> », ces dernières étant aujourd'hui soumises à un contrôle de *conventionnalité* effectué par les juges ordinaires. Rompant en effet avec la « doctrine Matter », formulée en 1931, selon laquelle en cas de conflit entre un traité ratifié et une loi (conflit découvert à l'occasion du contrôle d'un acte d'application de celle-ci), c'est le texte le plus récent qui prévalait, la Cour de cassation d'abord (24 mai 1975 : « Sté des Cafés J. Vabre ») et le Conseil d'État ensuite (Ass., 20 octobre 1989 : « Nicolo ») se sont estimés

---

13. *Ibid.*

14. Cf. J.P. CAMBY, *RD* 1999/3, p. 653 et suiv.

qualifiés pour sanctionner les violations de l'article 55 de la Constitution, selon lequel les « traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », c'est-à-dire pour invalider les actes d'application d'une loi promulguée, même postérieurement à la ratification d'une convention internationale contraires à une disposition de cette dernière.

### 3 Où allons-nous ?

Avec aujourd'hui un recul de 40 ans, le bilan du Conseil constitutionnel paraît mitigé : 7 p. 100 seulement des lois ordinaires votées par le Parlement ont subi un contrôle de constitutionnalité (90 par an environ, soit quelque 3 600 en 40 ans, ont été promulguées, mais n'entrent dans ce calcul que 400 décisions « DC » — déclarations de conformité — dont 82, sur contrôle obligatoire des assemblées parlementaires : il reste donc 255 lois ordinaires contrôlées sur 3 600, soit 7 p. 100). Il faut dire que, tout comme la plupart des saisines, les décisions de non-saisine du Conseil ont une signification politique évidente. Il est ainsi probable que, du fait de l'inattention ou de la complicité des quelques autorités qui sont seules habilitées à saisir le Conseil constitutionnel, le gouvernement ait promulgué de nombreuses lois (par exemple, le 3 juillet 1998, celle sur la chasse aux oiseaux migrateurs, manifestement contraire à une directive européenne) et ratifié de nombreux traités comportant des dispositions contraires à la Constitution.

Quant aux saisines, il a été établi<sup>15</sup> que, de 1974 à 1986, 60 p. 100 d'entre elles ont été infructueuses (n'ayant entraîné aucune censure, ni même la plus petite « réserve d'interprétation » du Conseil), alors que 30 p. 100 seulement le sont depuis. Ainsi, sur 1 135 dispositions législatives examinées par le Conseil constitutionnel depuis 1974, 262 (23 p. 100) ont été censurées (soit à la demande des requérants, en suivant leur argumentation, soit sans la suivre, ou encore par l'entremise de moyens soulevés d'office) et, paradoxalement, seulement 8 p. 100 d'entre elles résultaient d'amendements parlementaires, 16 p. 100 d'amendements adoptés à l'initiative du rapporteur ou de la Commission compétente et 76 p. 100 du gouvernement, dont les trois quarts à l'issue, non pas d'amendements déposés en séance, mais de projets de loi ayant été soumis préalablement au Conseil d'État.

Pour finir, quelles réformes du Conseil constitutionnel français serait-il possible de suggérer ? Très peu en ce qui concerne sa composition (« la

15. Cf. G. CARCASSONNE, « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi », dans CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *op. cit.*, note 12, p. 83 et suiv.

plus mauvaise, à l'exception de toutes les autres » solutions), à l'exception de la présence de plein droit des anciens présidents de la République, à bien des égards inopportune, de la durée des fonctions de président du Conseil (dont un texte pourrait spécifier qu'elle est égale à celle de sa fonction de membre) et de sa nomination par le président de la République (à laquelle une élection par les membres du Conseil et en leur sein serait préférable).

Il y aura davantage de propositions en ce qui concerne la procédure du contentieux constitutionnel, en particulier un renforcement du contradictoire (surtout à l'occasion du contrôle des lois organiques et dans l'hypothèse de moyens soulevés d'office), la présence des requérants (il n'est pas normal que la loi contestée soit défendue par le secrétariat général du gouvernement, et il conviendrait sans doute de réitérer la tentative du président R. Badinter de faire prendre attache avec le rapporteur parlementaire, avortée en 1986), notamment pour le contentieux électoral (ce qu'une révision du règlement de procédure permettrait de réaliser facilement). Sans doute faudrait-il aussi obliger les requérants à mieux motiver, voire à motiver tout court, leurs saisines, procéder au doublement du délai accordé au Conseil pour rendre ses décisions (de un mois à deux mois, de huit jours à quinze jours en cas d'urgence) et divulguer le nom du rapporteur sur chaque affaire (mais non les opinions dissidentes, car cela n'est pas dans la tradition française et risquerait de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée par le Conseil ainsi qu'au secret du délibéré).

Enfin, plus fondamentalement, il faut regretter l'abandon, voilà quelques années, du projet d'instituer un contrôle de la constitutionnalité des lois promulguées par voie d'exception, ou mieux de renvoi préjudiciel des juridictions ordinaires au Conseil constitutionnel, à l'initiative de n'importe quel justiciable. Sous réserve que soient prises un certain nombre de précautions et mis en place les filtres indispensables, sans doute y a-t-il là un élément primordial de transformation du Conseil constitutionnel en véritable cour suprême et d'achèvement du processus de constitutionnalisation de la justice et du droit en France.